

Sale and Lease Back als alternative Finanzierungsform

Dr. Roland Müller, Rechtsanwalt, Staad

I. EINLEITUNG UND BEGRIFFSBESTIMMUNG

1. Begriff und Bedeutung des Leasing in der Schweiz

Leasing ist die langfristige Gebrauchsüberlassung von gewerblich nutzbaren Mobilien oder Gebäuden, wobei das Objekt während der Vertragsdauer nach Massgabe der steuerlich zulässigen Sätze amortisiert wird und der Leasingnehmer nach Ablauf der Vertragsdauer in der Regel ein Kaufrecht besitzt.

Das Leasing hat seinen Ursprung in den USA. In der Schweiz wurde das Leasing vorerst für Motorfahrzeuge gesellschaftsfähig, bevor es auch für Maschinen und Immobilien Verwendung fand. Das Immobilienleasing etablierte sich dabei als Alternative zur herkömmlichen, zeitweise sehr teuren hypothekarischen Finanzierung. Dieses Rechtsinstitut ist jedoch derart komplex, dass nur wenige Leasinggesellschaften Immobilienleasing betreiben. Tatsächlich stellt das Immobilienleasing hinsichtlich Finanzierung, Inhalt und Abwicklung ungleich höhere Anforderungen als das Mobilienleasing. Die Parteien sind im Immobilienbereich auf fachkundige Beratung und Betreuung angewiesen, welche nur durch entsprechende Spezialisierung garantiert werden kann. Zudem sind die finanziellen Aufwendungen bei Leasingverträgen über Immobilien um einiges höher als beim kreditähnlichen Leasing von Alltagsgegenständen.

2. Finanzierungs- und Operingleasing

Die wichtigste Erscheinungsform des Leasings ist das Finanzierungsleasing. Darunter wird ein Vertragsverhältnis verstanden, in welchem der Leasinggeber vom Lieferanten einen Gegenstand kauft und diesen dem Leasingnehmer während der ganzen oder des grössten Teils der voraussichtlichen wirtschaftlichen Nutzungsdauer unter Überwälzung sämtlicher Sacherhaltungspflichten, Abtretung der Gewährleistungsrechte gegenüber dem Lieferanten und Überbindung des Risikos für Untergang oder Beschädigung des Leasingobjektes zu ausschliesslichem Gebrauch überlässt. Während dieser Zeit ist der Vertrag i.d.R. unkündbar.

Das Operingleasing wird auf eine Dauer von wenigen Monaten bis zu drei Jahren abgeschlossen und kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgelöst werden. Der wirtschaftliche Unterschied der beiden Leasingformen besteht darin, dass das Finanzierungsleasing für Unternehmen ein Finanzierungsinstrument darstellt, bei dem sich die Bedürfnisse von Leasinggeber und Leasingnehmer ergänzen. Der Leasinggeber wird seine Anschaffungs- oder Herstellungskosten über die Leasingzinsen weitgehend amortisieren, und der Leasingnehmer muss angesichts der kurzen Leasingdauer weniger finanzielle Aufwendungen vornehmen, als wenn er sich das Leasingobjekt selbst zu Eigentum auf längere Frist verschaffen würde. Das Operingleasing hingegen stellt streng genommen ein Mietverhältnis zwischen Leasinggeber und -nehmer dar. Über

die Leasingzinsen wird lediglich der Gebrauchswert des Leasingobjekts bezahlt. Im Übrigen liegen in der rechtlichen Ausgestaltung dieser Leasingform die typischen Wesensmerkmale eines Mietvertrags vor.

3. Sale and lease back

Zunächst gilt es zwischen dem unechten und dem echten Sale and lease back zu unterscheiden. Beim unechten Sale and lease back muss die Maschine bzw. das Gebäude zuerst erstellt werden, bevor es verkauft und anschliessend zurückgeleast werden kann. Beim echten Sale and lease back wird das Leasingobjekt vom Leasinggeber in seinem bestehenden Zustand ohne Veränderungen oder Erweiterungen gekauft und an den Leasingnehmer zurückgeleast. Beim echten Sale and lease back verfügt der Leasingnehmer daher auch bereits über die wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit des Leasingobjekts.

Beweggrund für die Abwicklung eines Sale and lease back ist für den Leasingnehmer die Verbesserung der eigenen Liquidität, insbesondere beim echten Sale and lease back. Dabei verkauft der Eigentümer seine Maschine oder sein Gebäude einem Dritten bzw. dem Leasinggeber. Anschliessend werden die Verkaufsobjekte vom Erwerber direkt als Leasinggeber unter sofortiger Rücküberlassung an den Verkäufer bzw. Leasingnehmer verleast. In der Luftfahrt hat sich dieses Verfahren als branchenüblich durchgesetzt; so wurden beispielsweise alle Embraer-Jet der Rheintalflug auf diese Weise finanziert.

Die Trennung von Immobilien- und Mobilienleasing ist fliessend. So können beispielsweise auch Container verleast werden, welche später vom Provisorium zur definitiven Lösung mutieren, wie dies beim Abfertigungsgebäude des Flugplatzes St.Gallen-Altenrhein der Fall war. Bei einem Hochregallager kann somit nicht nur das Gebäude, sondern auch die ganze Lagereinrichtung verkauft und zurückgeleast werden.

4. Mietrecht

Wesentliches Hauptmerkmal des Leasings ist, wie bei der Miete, die Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen periodisch zu entrichtendes Entgelt. Auch wenn auf den ersten Blick das Leasing als Mietverhältnis erscheinen mag, so gibt es doch erhebliche Unterschiede. So enthält beispielsweise der Mietzins ein Entgelt für die Wertverminderung des Mietobjekts infolge der Abnutzung und den Unterhalt sowie einen angemessenen Ertrag für den Vermieter. Gemäss Bundesgericht handelt es sich um einen Nettoertrag des vom Eigentümer investierten Eigenkapitals. Der Leasingzins hingegen enthält kein Entgelt für Unterhalt, sondern setzt sich zusammen aus einem Amortisationsanteil (wobei die steuerlich zulässigen Abschreibungssätze zu beachten sind) sowie einem Zinsanteil. Dieser Zinsanteil wiederum setzt sich aus den effektiven Zinskosten zuzüglich eines Unternehmensgewinns der Leasinggesellschaft zusammen. Im Weiteren besteht gemäss Art. 256 Abs. 1 OR die Verpflichtung des Vermieters, das Mietobjekt in einem zum Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten. Der Leasinggeber hingegen hat keine ursprüngliche oder während der Leasingdauer andauernde Gebrauchsfähigkeit des Leasingobjektes zu garantieren.

ren. Dies ergibt sich daraus, dass der Leasingzins keinerlei Entgelt für Unterhaltsleistungen darstellt. Im Übrigen ist der Leasingzins auch bei einem zufälligen Untergang oder bei Mangelhaftigkeit des Leasingobjekts zu bezahlen. Dem Leasingnehmer stehen keine Gewährleistungsansprüche zu. Er muss aber solche gegenüber Dritten auf eigene Kosten wahren und verfolgen.

5. Kaufrecht

Dem Leasingvertrag immanent ist das Recht des Leasinggebers, über das Eigentum an einer Maschine oder einem Gebäude (Leasingobjekt) weiterhin zu verfügen. Im Verlaufe des Leasingvertrages hat der Leasingnehmer eine eigentümerähnliche Stellung inne. So treffen ihn u.a. Unterhaltspflichten, privat- und öffentlich rechtliche Nebenkosten, die Pflicht zur Beachtung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften beim Bau und Betrieb von gewerblichen Objekten, die Sachgefahr oder allfällige Schadenersatzansprüche Dritter aus Bestand und Betrieb des Leasingobjektes.

Der Leasingvertrag kann deshalb nicht unter den gesetzlich geregelten Typus des Kaufvertrages subsumiert werden.

6. Verbesserung der Finanzsituation

Die finanzielle Situation einer Gesellschaft kann bei einem Sale and lease back auf zwei Arten verbessert werden:

- a) Erhöhung der Liquidität durch Realisierung der im Leasingobjekt angelegten und sonst fest gebundenen finanziellen Mittel
- b) Verminderung der Abschreibungen und damit Entlastung der Erfolgsrechnung

Da der Leasinggeber am Leasing etwas verdienen will, wird vielfach behauptet, ein Sale and lease back führe nur vorübergehend zu einer Verbesserung der finanziellen Situation. Tatsächlich können jedoch vor allem ausländische Leasinggesellschaften oftmals mit einem weitaus tieferen Zinssatz kalkulieren als die Schweizer Banken. Die teure Kreditaufnahme zum Kauf eines Objektes ist deshalb u.U. finanziell schlechter als ein Sale and lease back.

II. ABLAUF EINES SALE AND LEASE BACK

1. Erwerbsphase

1.1. Motivanalyse

Vor dem Abschluss eines Sale and lease back sollte eine genaue Analyse der Bedürfnisse erfolgen. Der Leasingnehmer wird sich genau überlegen müssen, ob nicht eine andere Form der Finanzierung für ihn im Einzelfall günstiger wäre. Eine exakte Bilanz- und Liquiditätsanalyse, allenfalls vorgenommen durch externe Fachleute, ist absolut notwendig. Handelt es sich beim Leasingobjekt um ein Gebäude, so sollte

dessen Verkehrswert mehr als eine Million Franken betragen; ansonsten ist von einem Sale and lease back aus Kostengründen (öffentliche Beurkundungen, Beizug von Fachleuten, usw.) abzuraten.

1.2. Ausarbeitung von Vertragsentwürfen

Sind sich die Parteien über die Form und Ausgestaltung des Leasinggeschäftes im Klaren, werden die Vertragsentwürfe ausgearbeitet. Dabei steht im Wesentlichen die Regelung folgender Bereiche zur Debatte:

- a) Elemente, die grundsätzlich in allen Leasingverträgen vorkommen:
 - Beschreibung des Leasingobjektes und dessen Eigentümerschaft
 - Erwerb des Leasingobjekts mit dem Ziel der Überlassung von Nutzen und Gebrauch an den Leasingnehmer
 - Entgeltlichkeit der Überlassung
 - Amortisationspflicht des Leasingnehmers
 - volle Gefahrtragung des Leasingnehmers
 - volle Unterhaltspflicht des Leasingnehmers
 - keine Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber
 - Pflicht des Leasingnehmers zur Geltendmachung und Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber Dritten
 - einseitiger Kündigungsschutz zugunsten des Leasingnehmers
- b) Elemente, die in der Regel in Immobilienleasingverträgen vereinbart werden:
 - Erstellung von Neubauten
 - Bauherrschaft des Leasingnehmers
 - Kosten- und Vertragskontrolle durch den Leasinggeber
 - grundsätzlich feste Leasingdauer
 - Option des Leasingnehmers auf einen Anschluss-Leasingvertrag oder Ausübung eines Kauf- oder Rückkaufsrechts
 - Indexklausel für den Leasingzins

1.3. Umfinanzierung bei Immobilien

Im Zuge des Eigentumsübergangs vom Leasingnehmer auf den Leasinggeber werden i.d.R. bestehende Grundpfandrechte (Grundpfandverschreibungen oder Schuldbriefe) übertragen. Dabei ergibt sich grundsätzlich etwa der folgende Ablauf:

- Der Leasinggeber oder dessen Kreditgeber (Vertrauensbank) gibt an den Grundpfandgläubiger ein Zahlungsverprechen in Form einer Garantie in der Höhe der Grundpfandschuld ab. Dieses ist regelmässig bedingt durch die Übertragung der Pfandrechte. Der Betrag des Zahlungsverprechens kann mit dem vereinbarten Grundstückskaufpreis übereinstimmen. Es ist jedoch auch möglich, dass der Kaufpreis die Höhe der Garantieerklärung übersteigt.

- Der Grundpfandgläubiger überprüft die Bonität des Garanten. Bei Inhaberschuldbriefen überträgt der Grundpfandgläubiger dieses Wertpapier nach dem Empfang des Zahlungsverprechens an den Garanten, womit dieser Grundpfandgläubiger wird (Art. 869 Abs. 1 ZGB). Bei Namensschuldbriefen bedarf es eines Indossaments für die Übertragung des Pfandrechts (Art. 869 Abs. 2 ZGB und 967 ff. OR).
- Anschliessend wird der Leasinggeber oder dessen Kreditgeber das Zahlungsverprechen erfüllen, womit der Grundeigentümer bei einer Grundpfandverschreibung vom Grundpfandgläubiger die Einwilligung zur Löschung des Grundpfandes verlangen kann (Art. 826 und 964 Abs. 1 ZGB). Die grundpfandversicherte Forderung ist getilgt.
- Grundeigentum vom Leasingnehmer auf den Leasinggeber übertragen.

Nach Abschluss dieser Vorgänge ist der Leasinggeber Grundeigentümer und im Falle des Bestehens von Schuldbriefen sein eigener Grundpfandgläubiger.

1.4. Unterzeichnung und öffentliche Beurkundung

Beim Leasingvertrag handelt es sich um einen Innominatkontrakt. Grundsätzlich ist deshalb weder Schriftlichkeit noch öffentliche Beurkundung vorgeschrieben. Verträge über Immobilien bedürfen jedoch der öffentlichen Beurkundung. Bei einem Sale and lease back im Zusammenhang mit Immobilien empfiehlt sich in der Praxis deshalb dreierlei:

- Erstens drängt es sich auf, den Immobilienleasingvertrag zumindest schriftlich abzufassen. Dafür sprechen Gründe der sorgfältigen Vertragsgestaltung sowie der Rechtssicherheit. Zudem entspricht es den gängigen Gepflogenheiten. Ausschliesslich mündliche Vereinbarungen sind im Bereich des Immobilienleasings angesichts des Geschäftsvolumens und der Komplexität der Rechtsgeschäfte nicht praktikabel und unvorstellbar.
- Zweitens sollten die in einem Immobilienleasinggeschäft enthaltenen Verträge nicht in einem Gesamtvertrag zusammengefasst, sondern in separate Verträge aufgeteilt werden. So wird eine gewisse Übersichtlichkeit sichergestellt. Damit wird auch am ehesten das Risiko vermieden, dass Verträge infolge der Nichteinhaltung von gesetzlichen Formvorschriften (wie sie beispielsweise für den Grundstückkauf oder für Kaufs- und Rückkaufsrechte in der Form der öffentlichen Beurkundung bestehen) ganz oder teilweise ungültig sind.
- Drittens drängt sich beim Immobilienleasing anstelle der einfachen Schriftlichkeit die öffentliche Beurkundung des Leasingvertrages auf. Einerseits erbringt eine öffentliche Urkunde gemäss Art. 9 ZGB "für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist". Andererseits ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Vertrag vollumfänglich nichtig, wenn die entsprechenden Formvorschriften nicht erfüllt sind. Diesbezüglich kann zudem die Unterscheidung schwierig sein, welche Vertragsbestandteile überhaupt formbedürftig sind und welche nicht. Um die Rechtsfolge der Formungültigkeit zu vermeiden, kann der gesamte Vertrag öffentlich beur-

kundet werden. Der Kostennachteil ist angesichts des gesamten Geschäftsvolumens und des latenten Risikos der Formungültigkeit zu vernachlässigen.

2. Nutzungs- und Veräusserungsphase

2.1. Nutzungsphase

Die Nutzungsphase umfasst den Zeitraum des Leasingverhältnisses im engeren Sinne, mithin die Periode vom Zeitpunkt der Überlassung des Leasingobjekts zu Nutzung und Gebrauch bis zum Ablauf der ordentlichen Leasingdauer. Macht der Leasingnehmer von der Möglichkeit einer Verlängerung des Leasingverhältnisses Gebrauch, wird je nach Vereinbarung ein neues Leasingverhältnis begründet oder das bestehende Vertragsverhältnis fortgesetzt. In den meisten Fällen wird insbesondere die neue Festsetzung der Höhe und der Berechnungsfaktoren des Leasingzinses neue Vertragsverhandlungen erfordern.

2.2. Veräusserungsphase

In der Veräusserungsphase wird das Leasingobjekt nach Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer an den Leasingnehmer oder an einen Dritten verkauft. Dazu vereinbaren Leasinggeber und Leasingnehmer im Normalfall ein Kaufs- oder Rückkaufsrecht oder die Möglichkeit des Abschlusses eines Anschlussvertrages. Das Kaufs- oder Rückkaufsrecht kann der Leasingnehmer am Ende der ordentlichen Leasingdauer oder am Ende des Anschluss-Leasingvertrages ausüben. Gelegentlich wird auch ein anderer Zeitpunkt vereinbart, so beispielsweise ein Schadensfall. Zudem kommen weitere Vereinbarungen in Betracht, so allenfalls Kaufs- oder Rückkaufsrecht eines Dritten, welcher als Garant für die Zinsleistungen des Leasingnehmers auftritt oder sonst wie zugunsten des Leasingnehmers als Sicherheitsgeber fungiert.

Gelegentlich wird eine eigentliche Kaufsverpflichtung des Leasingnehmers vereinbart, welche mit einer Schadenersatzpflicht für den Fall der Nichtausübung des Kaufsrechts verbunden ist. Dabei wird es jedoch für den Leasinggeber schwierig sein, einen erlittenen Schaden nachzuweisen. Dieser kann in der Differenz zwischen dem Kaufpreis, den der Leasingnehmer bezahlt hätte, und dem erzielten Preis durch den Verkauf an einen Dritten liegen. Zudem könnten allfällige Kosten, welche beim Kauf durch den Leasingnehmer nicht angefallen wären, geltend gemacht werden.

2.3 Probleme in der Praxis

In der Praxis erweist sich regelmässig die Höchstdauer des Kaufsrechts bei einer Immobilie als Problem. Immobilienleasingverträge werden i.d.R. für eine Dauer von 20 Jahren oder länger abgeschlossen, da sich bei kürzerer Dauer das ganze Geschäft für die Parteien aus Kostengründen nicht lohnen würde. Das Kaufsrecht kann hingegen laut Art. 216a OR lediglich für eine Zeit von 10 Jahren vereinbart werden.

Folgende Möglichkeiten können in der Praxis zur Problemlösung herangezogen werden:

- Der Leasinggeber bevollmächtigt einen Dritten, im Namen und auf Rechnung der Leasinggesellschaft nach Ablauf der Leasingdauer, das Grundstück an den Leasingnehmer zu verkaufen. Proble-

matisch bleibt bei dieser Variante, dass eine Vollmacht jederzeit widerrufen werden kann. Aus diesem Grunde könnte sich der Leasinggeber nach Beendigung des Leasingvertrages quer stellen, was jedoch aufgrund der tatsächlichen wirtschaftlichen Interessen der Leasinggesellschaft eher die Ausnahme bildet.

- Die Parteien vereinbaren im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Leasingvertrages, dass sie vor Vollendung der 10 Jahre wieder in Verhandlungen betreffend Erneuerung des Kaufrechtsvertrags treten werden, unter der Bedingung, dass das zugrunde liegende Leasingverhältnis überhaupt noch andauert bzw. nicht vorzeitig beendet wurde. Ob ein Richter einen solchen Nebenvertrag schützen würde, ist und bleibt aufgrund der Rechtsprechung betreffend Rechtsumgehung unsicher. Diese Unsicherheit würde durch eine Konventionalstrafe noch verstärkt. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt dagegen klar ein Umgehungsgeschäft vor und ist demnach ungültig, wenn der Leasingnehmer schon im Leasingvertrag selbst zu wiederholter Anmeldung der Vormerkung ermächtigt würde.
- Anstelle des Kaufrechts könnte ein Rückkaufsrecht vereinbart werden, welches auf eine Höchstdauer von 25 Jahre gewährt werden könnte. Diese Möglichkeit steht jedoch nur dann offen, wenn Klarheit darüber besteht, wer beispielsweise nach 20 Jahren das Leasingobjekt zurückkaufen wird, nämlich der Leasingnehmer oder ein allfälliger Rechtsnachfolger. Deshalb ist in der Rückkaufsrechtsvereinbarung festzuhalten, dass auch Rechtsnachfolger des Leasingnehmers das Rückkaufsrecht ausüben können. Im Übrigen kann das Rückkaufsrecht nicht nur obligatorisch, sondern auch dinglich eingeräumt werden, sodass es Wirkung gegenüber Dritten entfaltet.

III. BESONDERHEITEN DES IMMOBILIENLEASINGS

1. Sicherheit und Vollstreckung

1.1. Sicherheit für den Leasinggeber

Die hauptsächliche Sicherheit besteht für den Leasinggeber im Eigentum am Leasingobjekt. In vielen Fällen ist diese vordergründig wertbeständige Sicherheit jedoch etwas trügerisch: Vielfach ist nämlich die Entwicklung des Grundstückwertes unsicher, sei es aufgrund der Lage, raumplanerischer Umstände oder der spezifischen baulichen Ausgestaltung nach den Bedürfnissen des Leasingnehmers. Allenfalls ergeben sich bei einem Verkauf an einen Dritten auch einige Instandstellungs- oder Innovationskosten. Eine gewisse beständige Werthaltigkeit weist also nur der Boden der betreffenden Immobilie auf. Dieser ist jedoch in den vertraglich dem Leasingnehmer überbundenen Investitionskosten oft nur in untergeordneter Weise integriert.

Eine weitere Sicherungsmöglichkeit besteht in der Abgabe von Bürgschafts- oder Garantieerklärungen oder anderen Zahlungsverprechen durch einen Dritten. Dabei muss besonders auf die Einhaltung der Formvorschriften geachtet werden.

Im Weiteren kann der Leasinggeber Grundpfandrechte bestellen, sofern der Leasingnehmer über Grundeigentum oder Miteigentum an einem Grundstück verfügt. Nicht zu vergessen ist zudem die Möglichkeit des Retentionsrechts gemäss Art. 268 OR.

1.2. Sicherheit für den Leasingnehmer

Im Interesse des Leasingnehmers steht die Möglichkeit, sachenrechtliche Sicherungsvorkehren zu treffen. Gemäss Art. 959 ZGB besteht die Möglichkeit, Vor- und Rückkaufsrechte sowie Mietverhältnisse im Grundbuch vormerken zu lassen. Diese Rechte erhalten damit gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB Wirkung gegenüber jedem Recht, welches von einem Dritten später erworben wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Grundbucheintragung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB durch den Eigentümer des Grundstücks und nicht den Leasingnehmer zu erfolgen hat. Hat der Grundstückseigentümer nach der Vormerkung des Rechts in einer Weise über das Grundstück verfügt, dass die Stellung des Vormerkungsberechtigten beeinträchtigt wird, so hat dieser Anspruch auf Löschung dieses Rechts. Diesfalls kann der Leasingnehmer im Vor- oder Rückkaufsfall seinen Anspruch auf den Abschluss eines entsprechenden Vertrages dinglich absichern und den Leasinggeber als Grundstückseigentümer zwingen, einen Verkaufsvertrag mit ihm abzuschliessen.

1.3. Vollstreckung

Wird aufgrund der Betreuung oder des Konkurses des Leasinggebers das Leasingobjekt verwertet, sind hinsichtlich der Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und -nehmer die einschlägigen Vorschriften des SchKG sowie Art. 261 ff. OR zu beachten. Gemäss Art. 247 Abs. 2 bzw. 135 Abs. 1 SchKG werden Grundstücke mit allen darauf bestehenden Belastungen versteigert, und sämtliche Schuldpflichten gehen auf den Erwerber über. Für das im Grundbuch vorgemerkte Leasingverhältnis gilt demnach, dass dieses vom Betreibungs- bzw. Konkursamt erfasst wird und auf den Erwerber übergeht. Auch wenn das Mietrecht nur analog auf das Leasingverhältnis anzuwenden ist, rechtfertigt sich für das nicht vorgemerkte Leasing die Anwendung der Art. 261 ff. OR. Hinsichtlich des Überganges des Schuldverhältnisses ist sodann kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb das Leasing anders behandelt werden sollte als die Miete. Es wäre beim Leasing gleichermassen unbillig, den früheren Grundsatz „Kauf bricht Miete“ durchzusetzen. Demnach geht das bestehende Vertragsverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Beim vorgemerkten Leasingverhältnis ist zudem Art. 261b OR zu beachten, wonach der neue Eigentümer dem Leasingnehmer gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Leasingvertrag zu gebrauchen. Das ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters gemäss Art. 261 Abs. 2 OR entfällt deshalb beim vorgemerkten Leasing-Verhältnis. Beim nicht vorgemerkten Leasing könnte das ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters allenfalls analoge Anwendung finden.

Dem Vermieter von Geschäftsräumen steht gemäss Art. 268 Abs. 1 OR ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen zu, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Das Retentionsrecht stellt ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Sachen dar, welches sich höchstens auf einen fälligen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins erstreckt. Es wird in Verbindung mit Art. 283 SchKG geltend gemacht, wenn der Mieter wegziehen oder die in den gemieteten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen will.

Betreffend Immobilienleasing stellt sich die Frage, ob sich der Leasinggeber ebenfalls auf diese Norm berufen kann. Dafür spricht die Lage des Leasinggebers, welche hinsichtlich der Einforderung des Lea-

singzinses mit derjenigen des Vermieters vergleichbar ist. Dagegen spricht jedoch die Verschiedenheit der Zinszusammensetzung. Der Mietzins stellt ein reines Entgelt für die Gebrauchsüberlassung dar, während der Leasingzins weitere Elemente enthält. Es kommt darauf an, ob die vom Mietzins abweichenden Elemente des Leasingzinses ebenfalls durch das Retentionsrecht abgesichert werden sollen. Meines Erachtens rechtfertigt sich die Einräumung des Retentionsrechts. Immerhin ist der Leasinggeber angesichts des Werts der Leasingobjekte einem erheblichen Risiko betreffend die Bezahlung des Leasingzinses ausgesetzt. Die Rechtslage ist jedoch auch diesbezüglich nicht geklärt.

2. Bilanzierung und Steuern

2.1 Bilanzierung

Im Zusammenhang mit der Bilanzierung sind neben den obligationenrechtlichen Grundsätzen insbesondere auch Buchhaltungsrichtlinien (FER, IAS und U.S.GAAP) zu konsultieren.

IAS 17 schreibt vor: "Wenn eine Sale and lease back Transaktion zu einem Finanzierungs-Leasingverhältnis führt, darf ein Überschuss der Verkaufserlöse über den Buchwert nicht unmittelbar im Abschluss des Verkäufer-Leasingnehmers als Ertrag erfasst werden. Stattdessen ist er abzugrenzen und über die Laufzeit des Leasingverhältnisses erfolgswirksam zu verteilen."

Laut FER 13 ist das Finanzierungsleasing in der Bilanz wie folgt auszuweisen: "Anlagen im Leasing sind zu aktivieren und über die Leasingdauer abzuschreiben. Verpflichtungen aus Leasing sind zu passivieren, wobei eine Aufteilung der Leasingzahlungen in einen Zins- und einen Amortisationsteil zu erfolgen hat." Ein Gewinn aus einem Sale and lease back ist erfolgsneutral zu behandeln, d.h. der Gewinn ist zurückzustellen und wird linear über die Leasingdauer gegen den Leasingaufwand aufgelöst.

Beim Leasinggeber ist das Leasing wie folgt zu bilanzieren:

- Das Leasing-Objekt ist zum Anschaffungspreis zu aktivieren, während die Abschreibungen in zulässiger Höhe zu passivieren sind. Eine abweichende Betrachtungsweise wird in IAS 17 dargestellt, das vom Leasinggeber verlangt, Güter im Finanzierungsleasing als Forderungen darzustellen.
- Wird nach Ablauf der Leasingdauer ein höherer Erlös realisiert als der buchmässige Restwert, ist der Mehrerlös als Ertrag zu verbuchen.
- Für das Insolvenzrisiko ist eine angemessene Wertberichtigung zu bilden.

Beim Leasingnehmer ist das Leasing dagegen wie folgt zu bilanzieren:

- Die Mietzinse und Abschreibungsquoten, welche der Leasingnehmer trägt, sind vollumfänglich abziehbar, selbst wenn letztere höher sind als die steuerlich anerkannten Abschreibungen beim Leasinggeber.
- Wird das Leasingobjekt zum Anschaffungswert aktiviert, so sind auch die Leasingverbindlichkeiten zu passivieren
- Wertvermehrnde Aufwendungen sind zu aktivieren; über ein Wertberichtigungskonto können Abschreibungen vorgenommen werden.

- Bei der Ausübung des Kaufrechts bzw. bei der Erfüllung der Kaufverpflichtung ist der vereinbarte Verkaufspreis zu aktivieren.

Nach bisheriger schweizerischer Praxis werden in der Regel in der Bilanz des Leasingnehmers keine Bilanzierungen vorgenommen, aufgrund der erfolgsneutralen Behandlung. Gemäss Art. 663b Ziff. 3 OR gilt für das Aktienrecht jedoch eine sogenannte Anmerkungspflicht. Danach wird die Angabe des Gesamtbetrags der nicht bilanzierten Leasing-Verbindlichkeiten verlangt. Nach FER 13 ist das Finanzierungsleasing in die Bilanz grundsätzlich aufzunehmen; allerdings gestattet FER für den Einzelabschluss statt der Bilanzierung auch den blossen Ausweis im Anhang.

2.2 Einkommens- und Gewinnsteuer

Hinsichtlich der Einkommens- und Gewinnsteuer für Leasinggeber und -nehmer ist neben den gesetzlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone insbesondere das Kreisschreiben der Konferenz staatlicher Steuerbeamter vom 6. Februar 1980 betreffend die steuerliche Behandlung von Leasingverträgen über gewerbliche oder industrielle Liegenschaften zu beachten, welches nach wie vor Gültigkeit hat. Im Weiteren gilt es kantonale Weisungen und Entscheide zu berücksichtigen.

Die vom Leasingnehmer bezahlten Leasingraten (Zinse und Abschreibungen) gelten beim Leasinggeber als Ertrag, während ersterer die Leasinggebühren in Abzug bringen kann. Dies gilt selbst dann, wenn die Abschreibungsquoten höher sind als die beim Leasinggeber steuerlich anerkannten Abschreibungen. Für den Leasingnehmer bedeutet dies:

- Die zu seinen Lasten gehenden Mietzinse und Abschreibungsquoten sind abziehbar, allerdings nur in dem Ausmass, als dies beim Eigentümer des Leasingobjekts zugelassen wird. Dabei sind die Leasingzahlungen in einen Zins- und in einen Amortisationsteil zu zerlegen.
- Der Zinsertrag geht als Zinsaufwand in die Erfolgsrechnung, der Amortisationsbetrag wird von der Leasingverbindlichkeit in Abzug gebracht.

2.3 Mehrwertsteuer

Gemäss Art. 18 Ziff. 20 und 21 MWSTG sind die Übertragung und Bestellung von dinglichen Rechten an Grundstücken sowie die Überlassung von Grundstücken und Grundstücksteilen zum Gebrauch oder zur Nutzung von der Steuer ausgenommen.

Einerseits wird durch die Nichtbesteuerung der Handänderungen von Grundstücken dem Umstand Rechnung getragen, dass diese von den kantonalen Handänderungs- und Grundstücksgewinnsteuern erfasst werden. Andererseits sind Umsätze aus einem Immobilienleasinggeschäft nicht von der Steuerpflicht erfasst, sofern die Elemente der Gebrauchsüberlassung neben den anderen Leistungen überwiegen. Vorbehalten bleibt jedoch die Option der freiwilligen Versteuerung von ausgenommenen Umsätzen aus der Gebrauchsüberlassung eines Grundstücks gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b MWSTG. Demnach kann die Eidgenössische Steuerverwaltung auf Antrag hin die Versteuerung dieser Umsätze bewilligen, wenn diese nachweislich gegenüber inländischen Steuerpflichtigen erbracht werden. Diese Unterstellung kann beim

Immobilienleasing für jedes einzelne Objekt beantragt werden. Sie gilt jedoch für mindestens fünf Jahre. Von Interesse kann diese Option insbesondere hinsichtlich des Vorsteuerabzuges sein. Dieser ist nämlich dem Leasinggeber für Umsätze verwehrt, welche von der Steuer ausgenommen sind.

2.4 Handänderungssteuer

Die Handänderungssteuer unterliegt der kantonalen Steuerhoheit. Deren Ausgestaltung ist demnach unterschiedlich. Steuersubjekt der Handänderungssteuer ist meistens der Erwerber. Steuerobjekt bildet die Übertragung eines Grundstücks, wobei sowohl die Verschaffung des zivilrechtlichen Eigentums als auch diejenige der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über Grundstücke im Allgemeinen erfasst ist. Bemessungsgrundlage bildet in den meisten Fällen der Kaufpreis. Vielfach befreien die Kantone bestimmte Handänderungen von der Steuerpflicht, so bei Grundstücken öffentlichen Zwecks, Schenkungen, güterrechtlichen Auseinandersetzungen oder bei der Umstrukturierung von Unternehmen. Im Kanton St. Gallen ist die Handänderungssteuer als Gemeindesteuer ausgestaltet. Der Steuersatz beträgt derzeit grundsätzlich 1 Prozent des Kaufpreises, wobei bei gewissen Handänderungen eine hälftige Ermässigung erfolgt.

2.5 Grundstückgewinnsteuer

Auch die Grundstückgewinnsteuer unterliegt der kantonalen Steuerhoheit. Entweder werden Gewinne auf Privatvermögen mit der Grundstückgewinnsteuer und solche auf Geschäftsvermögen mit der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer erfasst, oder alle Grundstückgewinne unterliegen der Grundstückgewinnsteuer. Steuersubjekt der Grundstückgewinnsteuer bildet im Normalfall die veräussernde Person. Daran ändert auch eine Vereinbarung unter den Parteien nichts, wonach die Grundstückgewinnsteuer vom Erwerber zu tragen sei. Steuerobjekt ist nicht die Veräusserung, sondern der daraus erzielte Gewinn. Dies setzt einen Wertzuwachs und dessen Realisierung bei der Veräusserung voraus. Der Begriff der Veräusserung umfasst neben der zivilrechtlichen Übertragung des Eigentums jede Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über ein Grundstück. Gewisse Aufwendungen und Anlagekosten können vom Gewinn abgezogen werden. Vielfach sind Gründe für einen möglichen Steueraufschub vorgesehen. Typisch ist auch eine Steuerermässigung bei längerer vormaliger Besitzdauer oder ein Steuerzuschlag bei kurzer Besitzdauer. Der Kanton St. Gallen besteuert den Grundstückgewinn nach dem Einkommenssteuersatz, maximal zu 10% bei Gewinnen über CHF 600'000.--. Der Grundstückgewinnsteuer unterstehen nur Gewinne auf Privatvermögen, während Gewinne auf Geschäftsvermögen über die Gewinnsteuer erfasst werden.

Beim Immobilienleasing können sich insbesondere hinsichtlich der Grundstückgewinnsteuer heikle Fragen stellen. So ist u.a. fraglich, ob die über den zulässigen steuerlichen Abschreibungssatz hinausgehende Amortisation bei einem Verkauf des Leasingobjekts an den Leasingnehmer als Gewinn der Leasinggesellschaft zu betrachten ist. Dies insbesondere dann, wenn der Leasingnehmer die Immobilie zum Restbuchwert und damit zu einem unter den Erwerbs- oder anderen Investitionskosten der Leasinggesellschaft liegenden Betrag kaufen kann. Weiter stellen sich Fragen mit Bezug auf einen allfälligen Grundstücksgewinn, den der Leasingnehmer bei Ausübung des Kaufrechts in der Differenz zwischen dem Restbuchwert und dem effektiven Verkehrswert des Leasingobjekts allenfalls erzielt. Diese Fragen sollen hier als Illustration dafür genügen, dass jeweils eine genaue steuerrechtliche Abklärung vorzunehmen ist.

3. Bemerkungen aus der Praxis

3.1 Dringlichkeit bei Liquiditätsengpässen

Der Zeitraum, in welchem ein Sale and lease back bei Immobilien abgewickelt werden kann, ist nicht generell vorhersehbar. Wie sich auch aus den nachfolgenden Punkten ergeben wird, können zahlreiche Faktoren den Abschluss des Geschäfts verzögern. Dem Leasingnehmer sollten deshalb keine falschen Hoffnungen gemacht werden. Er sollte sich darauf einstellen, mehrere Wochen auf den Abschluss des Geschäfts und insbesondere die daraus resultierenden liquiden Mittel zu warten.

Aufgrund des kleinen schweizerischen Marktes ist die Auswahl an möglichen Leasinggebern eher gering. Unter diesen Umständen ist es für den Leasingnehmer von Vorteil, wenn seine Berater neben den einschlägigen fachlichen Kenntnissen auch über Kontakte zu entsprechenden Finanz- bzw. Leasinggesellschaften im In- und Ausland verfügen.

3.2 Inhalt des Leasingvertrages

Grosse Leasinggesellschaften neigen dazu, den Vertragsinhalt ihrer Verträge als "Standard" zu diktieren. Bei kleineren Gesellschaften besteht eher die Chance, dass der Vertragsinhalt auf die besondere Situation des Leasingnehmers abgestimmt werden kann.

Grundlagen des Leasingvertrages bilden unter anderem eine von beiden Seiten anerkannte Schätzung der Liegenschaft, die Festlegung der Modalitäten des Leasinggeschäftes als solches samt der Regelung eines allfälligen Rückkaufs sowie die Bestimmung der Sicherheiten. Die Beschaffung entsprechender Informationen ist oft zeitaufwendig. Zum Teil nimmt auch die Suche nach einer in rechtlicher Hinsicht tragbaren Variante mehr Zeit in Anspruch als vorgesehen. Bei ausländischen Leasinggebern kommt nicht selten hinzu, dass sie sich hinsichtlich der Abwicklung des Leasinggeschäftes möglichst nah an die ihnen aus ihren Inlandgeschäften bekannte, allenfalls gar standardisierte Abwicklung halten möchten. Dieser Wunsch lässt sich jedoch oft nur schwerlich mit dem Schweizer Recht bzw. der schweizerischen Praxis vereinbaren, geschweige denn mit dem Umstand, dass bei Grundbuchgeschäften die kantonale Gesetzgebung und Praxis zum Tragen kommt.

3.3 Öffentliche Beurkundung

Bezüglich der öffentlichen Beurkundung gilt es zu berücksichtigen, dass diese in den meisten Fällen nicht von den an der Ausarbeitung des Vertrages beteiligten Rechtsvertretern oder Beratern vorgenommen werden kann. Letztere sind regelmässig nicht dazu befugt, Grundbuchgeschäfte öffentlich zu beurkunden. Es muss deshalb damit gerechnet werden, dass die zuständige Urkundsperson nicht gewillt ist, einzelne Formulierungen zu beurkunden. Dies kann zu weiteren umfangreichen, rechtlichen Abklärungen bzw. zu intensiver Rücksprache mit den Vertragsparteien führen. Es versteht sich von selbst, dass dadurch auch der Abschluss der Angelegenheit in zeitlicher Hinsicht verzögert werden kann. Gegebenenfalls fehlt es

sodann auch dem Notar an einschlägiger Erfahrung im Bereich des Immobilienleasings und den damit zusammenhängenden Rechtsgeschäften. Die Zusammenarbeit mit dem entsprechenden Notar ist deshalb von grosser Bedeutung für den reibungslosen Ablauf eines Sale and lease back im Immobilienbereich.

3.4 Eintragung im Grundbuch

Die Anmeldung der Änderungen im Grundbuch erfolgt regelmässig durch den Notar selbst. Da die Leistung des Kaufpreises für die Liegenschaft in der Regel erst nach Vorliegen des aktualisierten Grundbuchauszuges erfolgt, empfiehlt es sich, in Zusammenarbeit mit dem Notar und dem zuständigen Grundbuchamt, vorgängig genau abzuklären, welche zusätzliche Belege, z.B. Handelsregisterauszüge der beteiligten Gesellschaften im Original, erforderlich sind. Je nachdem ist auch eine Vorprüfung der Verträge durch den Grundbuchbeamten in Betracht zu ziehen, damit der umgehenden Eintragung nichts im Wege steht.

3.5 Abwicklung der Kaufpreiszahlung

Zumeist sind die Immobilien mit Grundpfandrechten belastet. Dies hat wiederum zur Folge, dass der Kaufpreis erst dann geleistet wird, wenn die Grundpfandtitel dem Einflussbereich der Grundpfandgläubigerin entzogen sind. Voraussetzung hierfür ist wiederum ein Zahlungsverprechen seitens der Käuferin/Leasinggeberin bzw. ihrer Bank. Dies geschieht regelmässig unter Beizug von Dritten, welche im Rahmen einer treuhänderischen Abwicklung des Geschäfts als neutrales Bindeglied zwischen der ursprünglichen Grundpfandgläubigerin und der Käuferin/Leasinggeberin fungieren. Dieser Dritte handelt als Finanzintermediär und ist gemäss Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor verpflichtet, die Transaktion zu dokumentieren, wofür wiederum einige Unterlagen zusammenzutragen sind.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN

Wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, ist ein Sale and lease back eine durchaus attraktive Alternative zu herkömmlichen Finanzierungssystemen. Vor allem bei Liquiditätsengpässen kann durch ein derartiges Verfahren die Zahlungsfähigkeit verbessert werden. Ebenso klar wird hingegen auch ersichtlich, dass diese Finanzierungsform einige rechtliche und bilanztechnische Tücken mit sich bringt, zumal eine klare gesetzliche Regelung bis heute fehlt. Im Folgenden sollen nochmals kurz die wichtigsten Punkte zusammengefasst werden, die es bei dieser besonderen Art von Immobilienleasing in der Praxis zu beachten gilt:

Aufgrund der Komplexität des Sale and lease back kann durchaus eine Dauer von mehreren Wochen verstreichen, bis das Geschäft abgeschlossen ist und die angestrebte Behebung allfälliger Liquiditätsengpässe durch den Eingang des Kaufpreises beim Leasingnehmer erfolgt.

Das Sale and lease back setzt sich grundsätzlich aus einem Kaufvertrag sowie einem (anschliessenden) Leasingvertrag zusammen. Es empfiehlt sich, diese beiden Verträge und auch allfällige weitere Verträge, z.B. bezüglich Sicherheiten, separat auszufertigen, um die Übersicht zu bewahren. Unabhängig von den gesetzlichen Formvorschriften ist es ratsam, bei Immobiliengeschäften sämtliche wesentlichen Verträge öffentlich beurkunden zu lassen.

Im Falle eines Immobilienleasing kann ein Kaufrecht zugunsten des Leasingnehmers nur für höchstens 10 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden kann. Als Alternative empfiehlt sich deshalb ein Rückkaufsrecht, welches auf 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden kann.

Hinsichtlich der Bilanzierung sind grundsätzlich die Bestimmungen des Obligationenrechts massgebend. Dennoch ist es empfehlenswert, die allgemein bekannten Richtlinien (FER, IAS und US GAAP) heranzuziehen. Gemäss IAS ist das Finanzierungsleasing in der Bilanz auszuweisen, während ein Operatingleasing nur als Aufwand in der Erfolgsrechnung erscheint.

Die Gesetzgebung des Bundes bezüglich Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland steht ausländischen Finanzinstituten und Investoren im Falle eines Sale and lease back bei Immobilien kaum im Wege, da i.d.R. nur Immobilien im Sinne von Betriebsstätten für derartige Geschäfte von Interesse sind.

Ein effizienter Abschluss eines Sale and lease back setzt insbesondere bei Immobilien eine ausserordentlich gute Zusammenarbeit mehrerer Beteiligter voraus. Neben den beiden Vertragsparteien, welche sich insbesondere dem finanziellen Teil anzunehmen haben, betrifft dies insbesondere das in rechtlicher Hinsicht bedeutsame Zusammenspiel von Rechtsberater, Notar und Grundbuchamt sowie die Abwicklung des Zahlungsverkehrs.